

A (IN)SUFICIÊNCIA DA PERICULOSIDADE COMO FUNDAMENTO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA: DA DOGMÁTICA À CRÍTICA

THE (IN)SUFFICIENCY OF DANGEROUSNESS AS A BASIS OF SAFETY MEASURES: FROM DOGMATIC TO CRITICISM

EDUARDO DALLAGNOL LEMOS

Especialista em Direito Penal e Política Criminal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2017). Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (atual)

Resumo: O tema em análise versa sobre o conceito de periculosidade e sua suficiência como fundamento de aplicação das medidas de segurança no Brasil, com o objetivo, mais especificamente, de analisar e sistematizar os principais aspectos que dizem respeito à inserção do conceito no sistema penal, examinando a temática a partir de três eixos principais: dogmático, crítico e sistêmico. Busca-se problematizar, assim, se a atual noção de periculosidade como fundamento para a aplicação das medidas de segurança é suficiente diante do atual desenvolvimento do sistema jurídico penal. Para tanto, examina-se, primeiro, o desenvolvimento do conceito de culpabilidade na dogmática, esclarecendo aspectos essenciais sobre o tema na teoria do crime e possibilitando o exame de compatibilidade jurídico-dogmático entre a noção de culpabilidade e de periculosidade no sistema penal. Analisa-se, ainda, o conceito de periculosidade a partir de aspectos dogmáticos, aspectos sistêmicos (compatibilidade com legislações extrapenais) e diante de aspectos interdisciplinares, possibilitando a adequada crítica do sentido da concepção e sua (in)suficiência. Finalmente, diante das constatações evidenciadas ao longo do trabalho, concluiu-se que o conceito de periculosidade como fundamento das medidas de segurança é insuficiente diante da atual sistemática jurídica brasileira, bem como que, mesmo diante de diferentes perspectivas, o conceito mostra-se defasado.

Palavras-chave: Periculosidade; Culpabilidade; Medidas de segurança.

Abstract: The subject under analysis concerns about the concept of dangerousness and its sufficiency as a legal foundation of security measures in Brazil, aiming, more specifically, to analyze and to systematize the main aspects that concerns about the conceptual insertion in the penal system, examining the object from three axes: dogmatic, critical and systemic. This paper explores whether the concept of dangerousness is sufficient and consistent with the current development of criminal justice system. To do so, is analyzed, first place, the development of culpability concept in dogmatic, aiming to clarify the main aspects about the theme, enabling to examine the compatibility between dangerousness and culpability on penal system. Besides that, this research intents to analyze the concept of dangerousness in a dogmatic and systemic aspects, in order to support the critique about concept sufficiency. Finally, it was concluded that the concept

of dangerousness, as a legal foundation, is insufficient and outdated in view of the current Brazilian legal system.

Keywords: Dangerousness; Culpability; Security Measures.

1. INTRODUÇÃO

O conceito de periculosidade é, inegavelmente, um dos pontos centrais no que diz respeito à legitimidade da aplicação de medidas de segurança em âmbito nacional – concepção que, aliás, pouco se modificou ao longo do desenvolvimento do sistema de justiça criminal. A concepção de periculosidade, além do diálogo com aspectos jurídicos e dogmáticos, está intimamente relacionada com as ciências da mente, sendo possível verificar, ainda, uma forte influência do campo político em sua elaboração inicial, que ainda permanece vigente – a revelar, de início, a notável complexidade na análise do tema.

A contextualização sobre as bases dogmáticas, históricas e científicas que servem de fundamento para a atual concepção do conceito de periculosidade, embora imprescindível à adequada compreensão do tema, se mostra ainda incipiente na doutrina jurídica – ao menos em âmbito nacional –, sendo, por vezes, tratada de maneira estritamente legal e objetiva, ausente o necessário exame interdisciplinar para a adequada validação jurídica do conceito, que foi, adianta-se, incorporado pelo sistema penal.

Por conseguinte, o presente trabalho, especificamente, tem como objetivo analisar e sistematizar os principais aspectos que dizem respeito à inserção do conceito de periculosidade no sistema penal, examinando a temática a partir de três eixos principais: dogmático, crítico e sistêmico. A ideia central é de contribuir para a efetiva compreensão do conceito e possibilitar, em tese, o avanço do sistema jurídico nacional, buscando, eventualmente, incentivar a renovação de sua significação.

Para tanto, pretende-se problematizar se a atual noção de periculosidade como fundamento para a aplicação das medidas de segurança é suficiente diante do atual desenvolvimento do sistema jurídico penal. A hipótese sustentada é de que o conceito de periculosidade adotado, além de ter permanecido inalterado desde sua incorporação, é

incompatível interna (com os próprios fundamentos jurídicos-dogmáticos) e externamente (frente às modernas legislações extrapenais) ao sistema penal, além de acarretar nocivas consequências práticas em sua indistinta adoção (análise crítica).

O primeiro capítulo do trabalho versa, a partir da perspectiva dogmática, sobre o desenvolvimento do conceito de culpabilidade na doutrina penal, a fim de que se torne possível introduzir a análise e esclarecer aspectos essenciais do tema na teoria do crime. Ainda, nesse ponto, pretende-se destacar a concepção epistemológica que será utilizada ao longo do estudo, com intuito de minimizar eventuais incompreensões ou contradições entre as premissas adotadas e a conclusão final do trabalho – porquanto, a depender da concepção dogmática, as consequências teóricas podem ser sobremaneira diversas. Alerta-se, contudo, que não se pretende exaurir o assunto ou estabelecer uma derradeira definição do conceito de culpabilidade, notadamente em face das diversas controvérsias doutrinárias. A intenção, no ponto, é de delinear os aspectos mais estáveis desse conceito, possibilitando o exame de compatibilidade jurídico-dogmático entre a noção de culpabilidade e de periculosidade no atual sistema penal.

O segundo capítulo, a partir das premissas tratadas na seção anterior, busca analisar a suficiência da periculosidade como fundamento das medidas de segurança diante do atual sistema jurídico nacional. Pretende-se que o exame de suficiência leve em consideração aspectos dogmáticos internos do sistema jurídico penal, aspectos sistêmicos (compatibilidade com legislações extrapenais) e, ainda, aspectos interdisciplinares, tudo com a intenção de permitir uma adequada crítica ao atual sentido do conceito de periculosidade.

Assim, por intermédio de elementos dogmáticos, legais e sistemáticos, pretende-se examinar, levando em consideração contribuições de diversas perspectivas, se a atual concepção de periculosidade é suficiente diante do atual desenvolvimento do sistema jurídico penal.

2. O CONCEITO DE CULPABILIDADE NA TEORIA DO CRIME: BREVES CONSIDERAÇÕES

O desenvolvimento a respeito do conceito de culpabilidade figura entre as mais controversas concepções da dogmática jurídica, com divergências doutrinárias ainda no atual

cenário da doutrina do crime. Por consequência, é necessário, para que se busque uma coerência interna ao se tratar de temas relacionados à culpabilidade, destacar a concepção epistemológica sobre o qual o conceito será abordado, a fim de minimizar eventuais contradições ou incompatibilidades sistêmicas.

E, nesse contexto, mostra-se imprescindível, a fim de se estabelecer a significação da culpabilidade, traçar uma breve referência evolutiva do conceito, sem a pretensão, à evidência, de exaurir o assunto ou de oferecer uma derradeira e inquestionável definição. A intenção com a presente análise é de delinear os aspectos mais estáveis do conceito, a despeito das variações doutrinárias de cada concepção, e de apresentar a significação a ser levada em consideração nas demais conclusões do presente trabalho.

A partir de uma análise dogmática da teoria jurídica do crime, o conceito de delito pode ser dividido em etapas, um conceito estratificado, que decompõe o fato punível em elementos ou em seus aspectos essenciais, sem os quais a figura delitiva não se aperfeiçoaria. Em paralelo, figuram as causas excludentes, as quais descaracterizam a figura delitiva quando presentes,¹ sempre levando em consideração as possíveis características de uma conduta criminosa. Assim, a teoria do delito procura estabelecer os parâmetros pelos quais se possa delimitar o poder de punir, por intermédio de exigências quanto aos elementos que caracterizam uma conduta delitiva, tradicionalmente reconhecida como uma ação típica, antijurídica e culpável. Em outras palavras, a argumentação em torno desses elementos, suas características, extensão e significado, constituem o cerne da teoria do delito,² que busca solidificar o caráter científico do direito penal.

Contudo, o estabelecimento dos elementos do delito em etapas implicou na identificação e na separação de suas características básicas, sendo essa formalização comumente classificada em diferentes sistemas (ou fases), com suas distinções e particularidades históricas. Os principais sistemas, tradicionalmente apontados pela doutrina penal, são os sistemas causal (englobando³ os períodos clássico, século XIX, e neoclássico, século XX), finalista (categorias lógico-objetivas) e funcionalista (modernas elaborações a respeito da proteção à estabilidade

¹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 178

² TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 131.

³ Embora alguns autores tratem o causalismo e o neokantismo como concepções e sistemas distintos, verifica-se que, embora com reformulações, o neokantismo constitui uma evolução do causalismo, sem se desvincular de seus fundamentos. Veja-se, nesse sentido, SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 108,

da norma e constitucionalização do Direito Penal).⁴ A propósito, não se pode deixar de considerar o contexto no qual estão inseridos tais modelos, os quais estão intimamente relacionados com aspectos científicos, culturais e filosóficos de seu período,⁵ sempre levando em consideração que “el contenido de estos concepto ha variado desde entonces em un largo proceso de renovación”.⁶

E, como se verá, o conceito e evolução do entendimento sobre a culpabilidade se modifica substancialmente diante de cada sistema. Aliás, importante esclarecer que os sistemas não são exclusivos, isto é, acabam mesclando estruturas e elementos uns dos outros, na busca da melhor consistência lógica e técnica, embora, em princípio, não se identifique um sistema absolutamente consistente – o que explicaria, de certa forma, os impasses doutrinários a respeito do tema. Poder-se-ia falar, a esse respeito, inclusive, de um “ecletismo metodológico”.⁷

Contudo, antes de seguir na análise do tema, importante, para fins de sistematização e melhor entendimento das definições que irão se seguir no presente trabalho, tecer sintéticas considerações a respeito das características básicas do delito, que irão se modificar ao longo da evolução da teoria do delito. Inicialmente, a partir de noções causais, o crime era separado em causalidade objetiva (tipicidade e antijuridicidade) e causalidade subjetiva (a culpabilidade) – a teoria finalista, que se orienta por fundamentos ônticos, alterou tal metodologia, mesclando em todas as etapas características objetivas e subjetivas.⁸ A tipicidade, assim, é entendida como o conjunto de elementos que definem, legalmente, a conduta criminosa, e a antijuridicidade a oposição da conduta à totalidade da ordem jurídica, de modo que o conjunto da tipicidade e da antijuridicidade constitui o “injusto penal”.⁹ Somente com o ingresso da culpabilidade, todavia, é que a ação antijurídica será entendida como um delito.

Assim, levando em consideração que “todo conhecimento depende do contexto”,¹⁰ é possível aprofundar a temática evolutiva no âmbito da culpabilidade.

⁴ TAVARES, Op. Cit., 2020, p. 124.

⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 238.

⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 39, n. 1, p. 9-32, jan./abr., 1986, p. 13.

⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 180.

⁸ TAVARES, Op. Cit., 2020, p. 117.

⁹ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 119.

¹⁰ JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e ciência do Direito Penal**: coleção estudos de direito penal. V.1. Trad.: Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 5.

A partir da noção de que a responsabilidade penal, ao contrário de um puro direito penal do resultado, deveria levar em consideração a noção de evitabilidade, as primeiras concepções sobre a ideia de culpabilidade foram surgindo, considerando, ainda, a percepção de que a evitabilidade estaria relacionada com o psiquismo do ser humano, na faculdade do homem prever acontecimentos, evitá-los ou provocá-los em determinadas circunstâncias. Isto é, somente deveria se considerar relevantes os fatos indesejáveis que são evitáveis, que estejam inseridos na esfera do indivíduo de fazer ou não fazer determinado ato. Por tais razões, agregou-se, ao lado da evitabilidade, elementos como a previsibilidade e a voluntariedade do resultado danoso. Embora não se saiba o exato momento histórico, segundo Toledo, “foi a partir disso que se construiu a ideia de culpabilidade, com a introdução, na ideia de crime, de alguns elementos psíquicos, ou anímicos – previsibilidade e a voluntariedade – como condição da aplicação da pena criminal – *nullum crimen sine culpa*”.¹¹

Considerando tais elementos, surge a concepção clássica de delito (positivismo causal-naturalista), a qual está historicamente relacionada com uma forte influência das ciências naturais no conceito de crime. Por consequência, os elementos que compunham o conceito de crime possuíam características neutras, naturalísticas e preponderantemente descritivas – seus elementos eram destituídos de juízo de valor, portanto. A própria atuação do jurista limitava-se à interpretação do direito positivo.¹² De forma geral, a concepção era caracterizada pelo naturalismo positivista que representava o monismo científico preponderante na segunda metade do século XIX, de modo que o sistema do fato punível, por reflexo, deveria ser constituído de realidades mensuráveis e empiricamente comprováveis.¹³ Ainda, segundo Santiago Mir Puig, o surgimento do positivismo naturalista no direito penal está relacionado ao apego “de las ciencias de la naturaleza, en general, y del evolucionismo de Darwin, en particular. Se creyó que el único concepto de ‘ciencia’ valedero era el concepto positivista de ciencia, según el cual, salvo la lógica y las matemáticas, sólo el método experimental propio de las ciencias de la naturaleza caracteriza a una actividad como científica”.¹⁴

¹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 219.

¹² SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 298.

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 239.

¹⁴ PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Montevideo: B de F LTDA. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2003, p. 197.

Levando em consideração tal contexto, em síntese, ingressando na teoria do crime, a ação era entendida como um movimento corporal voluntário produtor de um resultado no mundo exterior, a tipicidade estritamente formal e a ilicitude meramente como a relação de contrariedade entre o fato e a norma.¹⁵ E, no mesmo sentido, surge o conceito dogmático puramente psicológico da culpabilidade, desenvolvido principalmente por Franz von Liszt e Ernst Beling, no sentido de que a culpabilidade seria o vínculo psicológico entre o agente e o fato, ou, em outras palavras, a relação subjetiva que une o autor ao resultado causado.¹⁶

O crime era considerado bipartido, dividido em parte objetiva (injusto) e subjetiva (culpabilidade). A culpabilidade, à época, tinha a capacidade penal como pressuposto, podendo se falar em culpabilidade dolosa e culpabilidade culposa – consideradas suas espécies. Isto é, a ação típica e ilícita poderia se tornar culpável sempre que fosse possível comprovar a existência de uma ligação psicológica entre o agente e o seu fato objetivo, podendo ser imputado o fato a título de dolo (conhecimento e vontade de realização do fato) ou de culpa (imprudência ou negligência).¹⁷ Em outras palavras, dois nexos causais deveriam ser examinados: um físico (se a conduta causou resultado) e outro psíquico (se há uma relação psicológica entre a conduta e o resultado).¹⁸ Segundo Jescheck: “esta concepción tan antigua, aún absolutamente formal de culpabilidad, se detenía en el estado mental del autor del delito, sobre la base de aquellos hechos que fueran reconocibles por medio de la observación y accesibles a una descripción”.¹⁹

Fica claro, nesse sentido, que a dogmática penal, em um primeiro momento, buscou o conceito de delito partindo de uma rígida distinção objetiva-subjetiva. Pertenciam ao injusto, exclusivamente, os elementos objetivos, externos da ação, de modo que os elementos subjetivos, anímicos, constituíam a culpabilidade – assim, se incluiu todo “externo” à antijuridicidade e o “interno” à culpabilidade.²⁰

Note-se que a concepção de culpabilidade delineada é plenamente coerente com as premissas metodológicas naturalistas da época, isto é, a partir do dogma causal a culpabilidade é reduzida

¹⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 181.

¹⁶ LISZT, Franz von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Berlin: Guttentag, 1914, p. 162.

¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 240.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1 – parte geral**. 9. ed., rev., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 346.

¹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 39, n. 1, p. 9-32, jan./abr.. 1986, p. 175.

²⁰ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Trad.: José Cerezo Mir. Montevideo: B de F LTDA. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2004, p. 97.

a uma simples conexão causal subjetiva, simultânea e paralela ao nexo de atribuição objetiva.²¹ Tratava-se, por tais razões, de uma concepção puramente psicológica da culpabilidade, sem qualquer elemento normativo que pudesse conduzir a um juízo de censura.

A respeito das características da teoria psicológica da culpabilidade, bem sistematiza e esclarece Gonzalo Fernández:²²

La teoría psicológica se respalda en un sistema bipartito rígido del ilícito. Ella parte de un modelo que separa en forma drástica sus elementos objetivos y subjetivos – hace el corte injusto/culpabilidad –, situándolos en categorías o estratos analíticos diferenciados, sin vasos comunicantes entre sí. [...] De esa manera, la culpabilidad se circunscribe a una conexión causal de índole psicológica: es el relacionamiento psíquico del autor con el resultado externo de su conducta. Por tanto, culpabilidad equivale a una determinada relación con el resultado, apreciada desde el prisma causal y con absoluta neutralidad descriptiva. En esta óptica tan peculiar, la culpabilidad se limita a determinar desde el punto de vista psicológico – o sea, en forma puramente descriptiva-, las relaciones anímicas existentes entre el autor y el hecho cometido por él.

No âmbito da culpabilidade, especificamente, a concepção clássica encontrava certas incoerências e dificuldades práticas de sua aplicação – e também quanto aos demais elementos. Note-se que, em determinados casos, embora existente o vínculo psicológico entre o agente e o fato, não se poderia considerar o autor do fato culpável, como, v.g., no caso de ter agido sob coação moral irresistível. Ainda, existiriam casos em que o agente não possui o vínculo psicológico, mas a culpabilidade não deveria ser afastada (por exemplo, em casos de culpa inconsciente).²³

Aliás, a culpabilidade, assim moldada, seria incoerente ao sinalizar que o inimputável (incapaz de culpa, por definição) nunca agiria com dolo ou negligência.²⁴ Mostrou-se insuficiente, portanto, o mero vínculo psicológico entre o agente e o fato para a definição da culpabilidade.

²¹ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad. In: **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. FRANK, Reinhard. Trad.: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevideo: B de F LTDA. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2002, p. 13.

²² FERNÁNDEZ, Gonzalo D. La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad. In: **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. FRANK, Reinhard. Trad.: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevideo: B de F LTDA. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2002, p. 14.

²³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 299.

²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 241.

E mais, os próprios fundamentos ideológicos e filosóficos da concepção da escola clássica eram insuficientes. O Direito, notadamente no âmbito penal, não poderia estar moldado em um monismo metodológico das ciências naturais, pois trata com realidades que “excedem a experiência psicofísica e se não inscrevem de modo exclusivo no mundo do *ser*; como, por outro lado, o pensamento jurídico não se deixa comandar por uma metodologia de cariz positivista nem se esgota em operações de pura lógica formal”.²⁵ Deve-se reconhecer, contudo, que a acepção clássica teve o mérito de tentar estabelecer um sistema metódico e categórico da teoria do crime, com simplicidade e clareza, na busca da segurança e certeza na aplicação do Direito.

Frente a tais insuficiências, restava a possibilidade de conceituar de modo diferente a culpabilidade ou de se afirmar que em casos como os acima indicados não haveria delito – a dogmática, preponderantemente, inclinou-se pela primeira opção. Nesse contexto, surge o neokantismo (denominado, por vezes, como concepção neoclássica) como uma evolução ao positivismo científico, revigorando seus elementos valorativos, sendo desenvolvido nas primeiras décadas do século XX e rompendo com o esquema objetivo-subjetivo apresentado. Essa evolução estava amparada na filosofia dos valores, sendo considerada uma zona intermediária entre o mundo da natureza e o mundo dos valores, isto é, o domínio formado pela cultura, no qual os fatos são investigados de maneira valorativa.²⁶ Em outras palavras, o neokantismo pretendia retirar o direito do mundo naturalista do “ser”, para o situar nessa instância intermediária entre o “ser” e o puro mundo do “dever-ser”, mais especificamente no âmbito de referências da realidade aos valores – da axiologia e dos sentidos.²⁷ Notável observar, aliás, que tal contexto irá influenciar, modo direto, nas novas formulações sobre o conceito de delito e da culpabilidade – notadamente, adianta-se, na ideia de censurabilidade do agente.

Por tais razões, o tipo deixa de ser meramente formal para tornar-se um tipo (também) material, assim como a ilicitude, que amplia suas possibilidades de exclusão e possibilita um juízo de gradação. A noção de ação, contudo, no essencial, não diferiu do sistema anterior.

²⁵ Ibidem.

²⁶ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 181.

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 242.

Quanto à culpabilidade, traçando uma importante evolução com relação ao sistema causal-naturalista, foi mérito de Reinhard Frank sustentar que “culpabilidad es reprochabilidad”.²⁸

Isto é, culpabilidade seria um juízo de reprovação sobre o agente, por haver cometido o fato sob a normalidade de circunstâncias concorrentes, definindo-se a base de uma concepção normativa (ou psicológico-normativa) da culpabilidade – uma relação psicológica e um juízo de reprovação. Por conseguinte, a culpabilidade passa a incorporar elementos objetivos ao que, até esse momento, somente era considerado de maneira subjetiva, porquanto para exercer o juízo de provação de alguém pelo seu ato não se pode deixar de levar em conta considerações objetivas.²⁹

Sendo assim, não bastava, para ser culpável, que o fato fosse doloso ou culposos, mas que também fosse censurável ao autor.³⁰ Nesse período, além da noção de reprovabilidade, a partir de contribuições de Radbruch, Mezger, Goldschmidt, Freudenthal, dentre outros, a culpabilidade passou por um enriquecimento de seus elementos constitutivos, deixando o dolo e a culpa de serem espécies para constituírem seus elementos, bem como incluída a exigibilidade da conduta diversa como fundamento essencial da culpabilidade, ao lado da imputabilidade (capacidade do agente de avaliar a ilicitude do fato e se autodeterminar). Aliás, o dolo passa a ser um “dolo híbrido”, constituído de vontade, previsão e consciência da ilicitude – os dois primeiros elementos psicológicos, o último, normativo.³¹

Com notável precisão, sintetiza Francisco de Assis Toledo: “Dentro desta concepção normativa, a culpabilidade é, pois, essencialmente, um juízo de reprovação ao autor do fato, composto dos seguintes elementos: imputabilidade; dolo ou culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência, imperícia); exigibilidade, nas circunstâncias, de um comportamento conforme ao direito”.³²

Isto é, a censura de culpabilidade ocorreria quando o agente estava dotado de autodeterminação e compreensão (imputabilidade) que tornava possível reprimir e desviar sua vontade ou o impulso que o impeliu ao fim ilícito (possibilidade de outra conduta), mas, apesar

²⁸ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. FRANK, Reinhard. Trad.: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevideo: B de F LTDA. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2002, p. 39.

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1 – parte geral. 9. ed., rev., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 349.

³⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 223.

³¹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. Panorama da concepção atual de culpabilidade. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 1, n. 0, mai./ago., 2000, p. 142.

³² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 223.

disso, de maneira voluntária e consciente da ilicitude (dolo) – ou com negligência, imprudência ou imperícia (culpa *stricto sensu*) –, há o desencadeamento do fato punível.³³

Assim, há um rompimento da lógica objetivo-subjetiva do causalismo clássico, tornando-se o injusto um juízo de desvalor do ato e a culpabilidade a reprovação que deste ato desvalorado se faz ao autor, por ter tido a possibilidade exigível de atuar de maneira diversa.³⁴ Apesar do enriquecimento do conceito de culpabilidade na sua concepção neoclássica, certas incongruências ainda permaneciam na sua formulação. Aliás, o sistema teleológico não implicou alteração radical da concepção de Liszt-Beling. Pretendia-se, com as reformulações das propostas causais, adaptar o sistema às novas descobertas no campo da teoria do delito, contudo, as contradições ainda permaneciam relevantes.³⁵ A manutenção do dolo na culpabilidade como elemento psicológico-normativo constituiria um dos pontos fracos da sistemática, porquanto não se justificaria que “o dolo e os elementos subjetivos caracterizados da conduta sejam tratados em setores diferentes”,³⁶ com dificuldades para se explicar, por exemplo, o delito na forma tentada, notando-se, ainda, incongruências no concurso de agentes. A teoria psicológico-normativa, embora notavelmente difundida, inclusive no Brasil, sofreu diversas críticas doutrinárias, “particularmente por tratar-se de um *mixtum compositum* de coisas que não poderiam ser mescladas”.³⁷

Os próprios fundamentos ideológicos e filosóficos não seriam plenamente compatíveis com a essência do direito, que não diria respeito “com a profunda cisão entre o mundo do ser e o mundo do dever-ser que as correntes neokantianas ainda supunham”,³⁸ reeditando, assim, muitos equívocos do naturalismo que se buscava superar. Especificamente quanto à culpabilidade, a principal incoerência residia no fato de se continuar a juntar na categoria de culpa a valoração (o juízo de censura) com o objeto da valoração (o dolo e a negligência), isto é, submetia-se ao mesmo denominador características que, como a imputabilidade e a

³³ Ibidem.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1 – parte geral. 9. ed., rev., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 349.

³⁵ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variação e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 47.

³⁶ Ibidem, p. 48.

³⁷ ALFLEN, Op. Cit, 2000, p. 142.

³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 243.

exigibilidade, são elementos de um puro juízo, e características, como o dolo e a culpa em sentido estrito, que são elementos do substrato que deve ser valorado como censurável.³⁹

A doutrina do crime, novamente, busca superar as inconsistências da concepção epistemológica até então vigente e, assim, no ano de 1931, Hans Welzel publica o texto intitulado *Kausalität und Handlung* (Causalidade e Ação) e, após, em 1939, de forma mais elaborada, publica a obra *Studien zum System des Strafrechts* (Estudos sobre o Sistema de Direito Penal), solidificando uma nova concepção de delito, através da reacomodação de elementos que configuravam o conceito analítico de crime, notadamente no âmbito da culpabilidade e da conduta típica.⁴⁰

Surge, assim, a concepção finalista (ontológica) do delito, assentando que a normatividade deveria estar relacionada com a natureza das coisas, não podendo o direito ignorar as estruturas do ser, isto é, as categorias “lógico-objetivas”, buscando, segundo Ângelo Roberto Ilha da Silva, “um conceito de ação prévio ao direito, visto que este, mundo do dever-ser, deve apoiar-se na realidade, no mundo do ser”.⁴¹ Isto é, buscava-se limitar a normatividade numa via fenomenológica e ontológica, por leis estruturais determinantes do “ser”, pela natureza das coisas, as quais, uma vez estabelecidas, serviriam de fundamento vinculante às ciências do homem e, por consequência, ao Direito⁴² - aspirava-se uma função plausível de realidade e valor.

Sendo assim, conforme explicita Luis Gracia Martín⁴³, haja vista que o Direito Penal regularia a conduta humana, a estrutura finalista da ação e a fenomênica da culpabilidade, e a relação da participação com a finalidade do autor, “são as estruturas lógico-objetivas que, necessariamente, têm que ater-se o legislador penal, o aplicador do Direito e a Dogmática jurídico-penal”. Duas premissas sustentam o sistema finalista, portanto: o mundo se organiza com vistas a um fim e a explicação de todo acontecimento (fenômeno) do mundo consiste em aduzir o fim ao qual ele se dirige.⁴⁴

³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 244.

⁴⁰ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 182.

⁴¹ Ibidem.

⁴² DIAS, Op. Cit., 2007, p. 244.

⁴³ MARTINS, Luis Gracia. O finalismo como método sintético real-normativo para a construção da teoria do delito. In: **O passado e o futuro do finalismo no Direito Penal**. ALFLEN, Pablo Rodrigo (Org.). Porto Alegre: CDS Editora, 2020, p. 55.

⁴⁴ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variação e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 53.

A respeito das características do sistema finalista, pontua Jorge de Figueiredo Dias:⁴⁵

A verdadeira “essência” da ação humana foi encontrada por Welzel na verificação de que o homem dirige finalisticamente os processos causais naturais em direção a *finis* mentalmente antecipados, escolhendo para o efeito os meios correspondentes: toda a ação humana é assim supradeterminação final de um processo causal. Eis a “natureza ontológica” da ação, a partir da qual todo o sistema do facto punível haveria de ser construído.

Antes de ingressar na efetiva reestruturação dos elementos do delito promovidas pelo sistema finalista, é importante citar a contribuição de Alexander Graf zu Dohna, o qual distinguiu nitidamente a valoração do objeto e o objeto da valoração⁴⁶ – distinção que, sem dúvidas, contribuiu efetivamente para os contornos definitivos da teoria finalista, tal como a influência de von Weber. Concebeu-se, assim, o injusto penal como objeto de reprovação e a culpabilidade como juízo de reprovação, ou seja, a culpabilidade é uma valoração e – já se sinalizava – não poderia estar misturada com o próprio objeto da mesma valoração que lhe é exterior.

A partir de tais elementos, e considerando também as modificações na concepção de ação (com ênfase à sua natureza ontológica integral), diversas foram as mudanças na acomodação dos elementos da teoria do delito, inclusive para a culpabilidade. O dolo e a culpa em sentido estrito, que constituíam, como visto, elementos da culpabilidade, passam a se tornar elementos essenciais da tipicidade, ou seja, o dolo e a culpa migram para o injusto, que passa a ser o verdadeiro objeto de valoração. Ainda, passa-se a falar em um “dolo natural”, porquanto é concebido sem a consciência da ilicitude, que permanece de forma autônoma na culpabilidade como um dado normativo (potencial consciência do injusto).

Como pertinentemente sintetiza Jeschek: “el dolo típico y la lesión objetiva del deber de cuidado en el caso de la imprudencia fueron extraídos del concepto de culpabilidad y atribuidos al tipo de injusto, de tal modo que en aquel concepto permanecieron únicamente auténticos elementos normativos – conciencia de la antijuricidad y exigibilidad de la conducta adecuada a la norma”.⁴⁷

⁴⁵ DIAS, Op. Cit, 2007, p. 245.

⁴⁶ DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoría del delito**. Trad.: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 14.

⁴⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 39, n. 1, p. 9-32, jan./abr.. 1986, p. 178.

Por conseguinte, extraindo o objeto de valoração da culpabilidade e situando-o no injusto, a culpabilidade, para o sistema finalista, passa a ser um puro juízo de reprovação, um autêntico juízo de censura. E, desse juízo de censura, participaram os elementos da imputabilidade, da consciência (potencial) do ilícito e da exigibilidade de conduta diversa.⁴⁸

A culpabilidade, portanto, aos finalistas, é compreendida como puro juízo de reprovação sobre o autor, por não haver este deixado de praticar a ação antijurídica, ainda quando poderia fazê-lo. Estava fundamentada, assim, no poder do agente: culpável seria aquele que poderia ou pôde realizar uma ação diversa, mas, mesmo assim, atuou antijuridicamente.⁴⁹ Segundo Hans Welzel,⁵⁰ nesse contexto: “Si la antijuridicidad es el simples juicio desvalorativo de que la acción no es como debía haber sido de acuerdo con el derecho, sin tener en cuenta si el autor habría podido satisfacer las exigencias jurídicas, el juicio desvalorativo de la culpabilidad va aún más allá y hace al autor el reproche personal de no haber actuado correctamente a pesar de haber podido obrar conforme la norma”.

Nesse sentido, é possível vislumbrar que o sistema finalista apanha os resultados da teoria psicológica, redistribuindo sistematicamente os elementos estruturais do crime, possibilitando superar impasses que a dogmática jurídica enfrentava à época, bem como estabelecendo uma teoria normativa pura da culpabilidade. Sendo assim, entendida a culpabilidade como uma teoria normativa pura – ou, mais especificamente, um conceito valorativo negativo - é passível de graduação, podendo ser maior ou menor, segundo “lo importante que sea la exigencia del derecho y según lo fácil o lo difícil que le fuera al autor satisfacerla”.⁵¹

E, assim, aprofundando a temática a respeito do conceito de culpabilidade a ser definido para fins de compreensão do presente trabalho, é importante salientar que, levando em consideração a doutrina finalista, a culpabilidade é formada por um elemento de conhecimento e um elemento volitivo, isto é, a capacidade de compreensão do injusto e a de determinação da vontade conforme esta compreensão. Somente a soma desses elementos constituem a

⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 246.

⁴⁹ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variação e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 73.

⁵⁰ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad.: José Cerezo Mir. Montevideo: B de F LTDA. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2004, p. 125.

⁵¹ WELZEL, Op. Cit., 2004, p. 127.

capacidade de culpabilidade. Se, eventualmente, estiver ausente algum desses elementos, por menoridade ou doença mental, o autor não é considerado culpável.

Aliás, imprescindível destacar a lição de Hans Welzel – a sustentar, inclusive, a relevância de se analisar categorias jurídicas intimamente relacionadas à capacidade de compreensão do injusto –, no sentido de que “el juicio de que un hombre determinado, em una determinada situación, es capaz de culpabilidad, no es, por ello, un acto teórico, sino un acto puramente existencial y de carácter ‘comunicativo’.”.⁵²

A partir dessa breve análise evolutiva a respeito das concepções epistemológicas relacionadas ao conceito de culpabilidade – sem a pretensão, evidentemente, de exaurir o assunto nesse aspecto –, torna-se possível destacar que a noção de culpabilidade adotada no presente estudo, a fim de evitar eventuais incompatibilidades (e esclarecendo os fundamentos das conclusões adotadas ao final do trabalho), leva em consideração a orientação finalista desenvolvida por Hans Welzel sobre a doutrina do crime. Isso porque, segundo Ângelo Roberto Ilha da Silva, o referido sistema, ainda que em uma perspectiva atualizada – ressaltando-se a importância das teorias funcionalistas – reúne os maiores méritos para a solução dos problemas da aplicação da lei penal, notadamente por se tratar o Direito de uma Ciência da Razão Prática.⁵³

Não se desconhece as importantes críticas à dogmática finalista, notadamente em sua vertente ortodoxa, com obras relevantes a esse respeito⁵⁴ e que buscam superar eventuais inconsistências da sistemática apresentada. E, nesse sentido, Claus Roxin (orientação axiológica voltada aos princípios da política criminal) e Günther Jakobs (confirmação da vigência da norma e manutenção do sistema vigente) representam duas vertentes do denominado sistema funcionalista, que têm sido continuamente invocadas com intuito de se aperfeiçoar a doutrina do crime – com notáveis inovações na teoria do delito como um todo.⁵⁵

No entanto, o presente trabalho, conforme já indicado, não pretende analisar crítica e qualitativamente tais modelos, mas sim estabelecer os aspectos mais estáveis e específicos do conceito de culpabilidade para que se possa sistematizar e tornar coerentes as conclusões que serão expostas ao longo do estudo. Ademais, a adoção da teoria finalista leva em consideração

⁵² Ibidem, p. 147.

⁵³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 179.

⁵⁴ Nesse sentido, ver: ALFLEN, Pablo Rodrigo (Org.). **O passado e o futuro do finalismo no Direito Penal**. Porto Alegre: CDS Editora, 2020.

⁵⁵ SILVA, Op. Cit, 2020, p. 182.

a possível correlação com a prática forense em âmbito nacional, porquanto as disposições legais relacionadas com o tema dizem respeito à teoria finalista, ainda que com variações importantes.

Por tais razões, é possível definir, para os fins da presente análise e visando a resolução prática no sistema jurídico brasileiro, conforme sustenta Ângelo Roberto Ilha da Silva, que a culpabilidade “constitui um juízo valorativo, juízo de censura ou reprovação que se faz ao autor de um fato tipificado como crime, cujos elementos são a imputabilidade (capacidade penal), a consciência da ilicitude (potencial ou possível) e a exigibilidade de conduta diversa, ou seja, a exigência de o agente conformar sua conduta ao direito”.⁵⁶

Sendo assim, embora o próprio desenvolvimento a respeito do conceito de culpabilidade, como visto, possua controvérsias dogmáticas importantes – não sendo possível inferir uma definição uniforme e irrefutável –, a análise a respeito da evolução do conceito permite esclarecer a adoção da concepção epistemológica que irá guiar a abordagem do presente estudo e, por consequência, as próprias conclusões no âmbito da teoria do crime, além de minimizar eventuais contradições ou incompatibilidades. Ainda, a partir das noções delineadas, torna-se possível o exame de compatibilidade jurídico-dogmático entre a noção de culpabilidade e de periculosidade no atual sistema penal, conforme será abordado no próximo capítulo. Além disso, deve ser levado em consideração a inserção do tema proposto com a pretensão, ainda que por via reflexa, de contribuição prática das análises, passível, ao que tudo indica, de auxiliar operadores do direito que se deparem com casos concretos envolvendo o tema, notadamente no âmbito de aplicação de medidas de segurança e seu acompanhamento pelo juízo da execução.

3. A (IN)SUFICIÊNCIA DA PERICULOSIDADE COMO FUNDAMENTO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

A aplicação de medidas de segurança está intimamente relacionada com a (in)imputabilidade do agente – elemento, como visto, da própria culpabilidade – tratando-se a primeira da própria (mas não somente) consequência jurídica a ser imposta em face daquele

⁵⁶ Ibidem, p. 301.

que comete fato típico penal que não seja detentor de capacidade de culpabilidade proveniente da ausência de higidez mental.

Portanto, antes de ingressar no exame de suficiência da “periculosidade” como fundamento das medidas de segurança, é necessário, a fim de articular o conteúdo dogmático-jurídico exposto com as considerações críticas a serem formuladas, esclarecer aspectos importantes que dizem respeito à capacidade penal e à aplicação de medidas de segurança no Brasil.

Assim, importante sistematizar, a noção de responsabilidade penal não se confunde com a de imputabilidade,⁵⁷ sendo a culpabilidade (e a imputabilidade considerada como elemento ou pressuposto desta, como visto) uma das condições normativas para que haja a responsabilidade penal, assim como a pena, o delito, a lei, a ação, dentre outras. A imputabilidade – termo que advém do verbo latino *imputare*, ou seja, atribuir a alguém a realização de determinado ato –, pretende designar a capacidade psíquica de culpabilidade. Sendo assim, do ponto de vista jurídico, a imputabilidade, entendida pela moderna doutrina como a capacidade de culpabilidade, é um conceito de base psicológica que envolve o conjunto de faculdades psíquicas mínimas que deve possuir o autor de um delito para ser responsabilizado por seu cometimento.⁵⁸

Isto é, como bem esclarecem Zaffaroni e Pierangeli: “para que se possa reprovar uma conduta a seu autor, é necessário que ele tenha agido com um certo grau de culpabilidade, que lhe haja permitido dispor de um âmbito de autodeterminação”.⁵⁹ Em outras palavras, a imputabilidade seria a condição pessoal de maturidade e de sanidade mental, as quais conferem ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito de sua conduta e de se autodeterminar a partir desse entendimento.⁶⁰

Não significa, aliás, que o agente inimputável que tenha realizado um fato típico e ilícito tenha cometido um indiferente penal, mas sim que a consequência jurídica é outra que não a

⁵⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia**. 2. ed., rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 25.

⁵⁸ CONDE, Francisco Muñoz. Imputabilidad desde el punto de vista medico y juridico penal. **Derecho Penal y Criminologia**, v. 10, n. 35, p. 28, 1988.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, v.1. 9ª ed., rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 538.

⁶⁰ FRAGOSO, Heleno Claudio; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. I, t. II, p. 603.

pena criminal, qual seja, a medida de segurança,⁶¹ não podendo se falar, teoricamente, no cometimento de um “crime”, pois não preenchidos todos os seus elementos. O inimputável sequer seria condenado em eventual processo penal, mas sim, na linguagem técnica da dogmática processual, absolvido impropriamente, pois, apesar de afirmada a inexistência de crime, o autor do fato é coercitivamente submetido à medida de segurança, situação que, por consequência, demarca sua sujeição às agências estatais responsáveis pela execução da decisão judicial.⁶²

Note-se que o elemento diferencial para o enquadramento entre a inimputabilidade e a semi-imputabilidade está no aspecto psicológico do agente, isto é, se havia ausência de capacidade de entendimento ou de autodeterminação no momento do fato delituoso ou se essa capacidade existia, porém não era plena. A capacidade diminuída, assim, tem sido apontada, em geral,⁶³ como uma área intermediária, uma zona fronteira, situada entre a perfeita saúde mental e a insanidade completa.

A propósito, no sistema jurídico brasileiro, ao semi-imputável, é possível a aplicação de pena diminuída, de um a dois terços, ou “se recomendável o tratamento”, a aplicação de medida de segurança (artigo 98 do Código Penal). Tal análise de adequação deverá ser realizada pelo julgador,⁶⁴ de acordo com o caso e almejando a mais condizente à situação do réu, a revelar, ainda, a importância de trabalhos relacionados às ciências da mente pelos operadores do Direito. Sendo assim, em âmbito nacional, existem ao menos três respostas jurídicas distintas aos autores do injusto penal. A primeira é a própria aplicação da pena ao imputável, capaz de culpabilidade. A segunda é a aplicação de pena reduzida ou de medida de segurança ao semi-imputável. E a terceira seria a aplicação de medida de segurança ao agente inimputável que comete um fato típico e ilícito. Assim, a partir das considerações anteriormente lançadas, é possível perceber que essa diferenciação de *status* jurídico decorre do fato de que a incapacidade atinge diretamente um dos elementos configuradores do delito, que é a

⁶¹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia**. 2. ed., rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 108.

⁶² CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 500.

⁶³ Nesse sentido, v.g.: PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. **Curso de direito penal brasileiro**. 13ª ed., rev, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 357; COSTA JR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da; **Curso de direito penal**. 12ª ed., rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 165.

⁶⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 210.

culpabilidade.⁶⁵ Reconhece-se, nesse sentido, que as medidas de segurança “son reacciones jurídicas estatales”.⁶⁶

Tais consequências jurídicas decorrem de opção político-criminal em âmbito nacional, que é objetivamente legitimada pela dogmática penal, fragmentando o sistema de responsabilidade criminal em dois discursos distintos de fundamentação, isto é, um sistema relacionado à culpabilidade (aplicação da pena, pela imputabilidade), e um sistema relacionado à periculosidade (aplicação de medida de segurança, pela inimputabilidade).⁶⁷ E, como pertinentemente assinala Santiago Mir Puig: “Mucho más difícil que justificar el carácter imperativo de la norma penal punitiva (la que señala penas) es hacerlo respecto de la norma penal que asocia medidas de seguridad a estados peligrosos”.⁶⁸

Neste ponto, afunilando a temática, é preciso esclarecer um aspecto fundamental na aplicação das medidas de segurança, que diz respeito à dogmática penal. Se, de um lado, a pena criminal possui como pressuposto a culpabilidade, a medida de segurança possui a periculosidade como um de seus fundamentos, ao lado da prática do fato definido como infração penal (*nulla periculositas sine crimen*).

As medidas de segurança, nesse contexto, são teoricamente concebidas como alternativas à aplicação da pena, relacionadas a casos em que não seria possível cumprir satisfatoriamente os fins de proteção de bens jurídicos pela simples aplicação da pena com fundamento na culpabilidade – haja vista todas as consequências daí decorrentes, tal como, v.g., a obrigação da gravidade da pena ser compatível com a do delito cometido. Em outras palavras, existiriam situações (de sujeitos inimputáveis, por exemplo) que a imposição de pena e sua execução seriam insuficientes para satisfazer as necessidades de prevenção que dizem respeito ao autor do injusto, surgindo, assim, as medidas de segurança como solução jurídica-penal. Reconhece-se, assim – teoricamente –, que a pena, por estar limitada às exigências da

⁶⁵ CARVALHO, Op. Cit., 2013, p. 499.

⁶⁶ MARTÍN, Luis Gracia. Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reinserción social en el derecho español. In: PRADO, Luiz Regis (coord). **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 47.

⁶⁷ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 500.

⁶⁸ PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Montevideo: B de F LTDA. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2003, p. 47.

culpabilidade, seria uma reação jurídica insuficiente para fazer frente a determinados “grupos criminales peligrosos”.⁶⁹

A propósito, conforme explicita Luis Gracia Martín a respeito da inserção das medidas de segurança no sistema jurídico penal: “Para satisfacer las necesidades preventivas en casos como los planteados y otros semejantes, el Derecho penal debe organizar un sistema de medidas de seguridad y reinserción social desvinculado e independiente de la culpabilidad y no limitado por las exigencias del principio de culpabilidad.”.⁷⁰ Seria rechaçada, portanto, a concepção finalista da pena por não fundar-se na culpabilidade, mas sim em uma condição de determinados autores.⁷¹

Todavia, embora a pena e a medida de segurança consistam na privação de bens jurídicos do autor do injusto, a periculosidade está relacionada com a evitação de futuros delitos, constituindo um “pronóstico desfavorable de comportamiento futuro”⁷², ou seja, em tese, não buscaria a retribuição de comportamentos passados, mas sim prevenir o cometimento de futuros fatos típicos e ilícitos. As medidas de segurança, assim, não devem estar relacionadas aos fins de prevenção geral ou ao castigo.

Em outras palavras, a periculosidade, que fundamenta a aplicação das medidas de segurança, é entendida como um “estado de antisociabilidade”, permitindo, por consequência, realizar um juízo de delinquência futura baseado nos déficits psíquicos do indivíduo⁷³ - a periculosidade, assim concebida, seria um atributo natural da pessoa portadora de sofrimento psíquico. Portanto, a atribuição de medidas de segurança não representa uma proibição que opere, como imperativo, de modo prévio à decisão do sujeito, mas sim atuando *a posteriori*, depois da constatação da perigosidade,⁷⁴ com verdadeira função de prevenção especial (frente a sujeitos perigosos).

⁶⁹ MARTÍN, Luis Gracia. Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reinserción social en el derecho español. In: PRADO, Luiz Regis (coord). **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 42.

⁷⁰ Ibidem, p. 44.

⁷¹ DALBORA, José Luis Guzmán. Las medidas de seguridad: distinción y relaciones entre penas y medidas de seguridad. In: PRADO, Luiz Regis (coord). **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.75.

⁷² POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. ¿Medidas de seguridad "inocuidadoras" para delincuentes peligrosos?: reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad. **Actualidad Penal**, Madrid, v. 3, n. 38, out. 2001, p. 904.

⁷³ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 502.

⁷⁴ PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Montevideo: B de F LTDA. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2003, p. 47.

Nesse ponto, a respeito da diferenciação entre os fundamentos de aplicação de pena e medida de segurança, como bem sintetiza Salo de Carvalho:⁷⁵

O tipo ideal (ou o estereótipo teórico) que contrapõe a capacidade de culpa (culpabilidade) é a condição ou potência de perigo (periculosidade). O sujeito perigoso, ou dotado de periculosidade, seria aquele que, diferentemente do culpável, não possui condições mínimas de discernir a situação em que está envolvido, sendo impossível avaliar a ilicitude do seu ato e, consequentemente, atuar conforme as expectativas do direito (agir de acordo com a lei). Em razão da ausência de condições cognitivas (déficits cognitivos) para direcionar sua vontade, a aplicação de uma pena com caráter marcadamente retributivo passa a ser inadequada, notadamente no esquema da culpabilidade pela reprovabilidade, em que se postula uma adequação da pena ao grau de reprovação do ato voluntário praticado pelo sujeito. Neste cenário de ausência de responsabilidade penal, a pena é substituída pela medida (de segurança) e a finalidade retributiva da sanção é substituída pela orientação de tratamento do paciente.

Assim, conforme dogmaticamente fundamentado, o agente, embora realize uma conduta típica e ilícita, não possui capacidade de culpabilidade – pela ausência do elemento imputabilidade –, não cometendo, sob o aspecto ético-jurídico, um crime. Todavia, ao cometer uma infração penal típica e ilícita, somado à periculosidade (que é presumida, *ex lege*, aos inimputáveis), será possível a aplicação de medida de segurança ao agente, na tentativa – ao menos alegada – de se propiciar tratamento ao indivíduo sem capacidade penal e, também, de defesa social, na busca de prevenção de futuros comportamentos típicos e ilícitos. Tratar-se-ia, nesses moldes, de um direito-dever do Estado⁷⁶, que está sujeito a limites e restrições.

Aliás, fundamental esclarecer, a respeito da periculosidade, que o fato típico e ilícito cometido pelo agente inimputável não possui destacada relevância para a fundamentação da aplicação da medida de segurança, “sino sólo como punto de referencia de la peligrosidad criminal del autor y como objeto de la finalidad del legislador de evitar la ulterior comisión de delitos”.⁷⁷ O injusto penal, pode-se dizer, corresponderia a um “sintoma revelador” da periculosidade do sujeito⁷⁸.

⁷⁵ CARVALHO, Op. Cit, 2013, p. 502.

⁷⁶ MARTÍN, Luis Gracia. Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reinserción social en el derecho español. In: PRADO, Luiz Regis (coord). **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 48

⁷⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. ¿Medidas de seguridad "inocuidadoras" para delincuentes peligrosos?: reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad. **Actualidad Penal**, Madrid, v. 3, n. 38, out. 2001, p. 905.

⁷⁸ MARTÍN, Luis Gracia. Op. Cit, 2007, p. 52.

A periculosidade não é deduzida exclusivamente com base na gravidade do fato cometido, constituindo, na realidade, um juízo autônomo, sendo o mais importante e difícil dos juízos que se pode formular em matéria de aplicação de medidas de segurança.⁷⁹ Por tal razão, teoricamente, a despeito de entendimentos jurisprudenciais em sentido contrário em âmbito nacional, a extinção da medida dependeria necessariamente do fim da periculosidade do agente. Todavia, a própria doutrina do crime já indicaria que “no es conceptualmente imaginable que se prohibiese ser peligroso. Los imperativos no pueden referirse al modo de *ser*, sino sólo al *actuar*”.⁸⁰ E, ainda no campo dogmático, é possível indicar certas peculiaridades dos fundamentos das medidas de segurança, porquanto, como visto, diferente da culpabilidade, não se supõe um juízo de desvalor sobre o sujeito perigoso, característica que justamente distingue a consequência jurídica aplicável ao caso concreto (pena ou medida de segurança). Sequer seria possível reconhecê-la como uma resposta valorativa a um estado de personalidade desvalorado, pois, assim, se aplicaria às medidas de segurança o mecanismo lógico da retribuição, absolutamente estranho a seu conceito. Por isso, conclui Santiago Mir Puig: “Las medidas de seguridad no son valoración, ni el resultado de un juicio de valor, sino sólo medios de prevención de hechos futuros desvalorados (delitos futuros)”.⁸¹

Trata-se, assim, de um juízo naturalístico (não ético ou moral), isto é, uma prognose de comportamento futuro, a indicar, ainda, que a constatação da periculosidade não é compatível com um juízo de certeza. Além disso, por se tratar de uma prognose de conduta futura, “su determinación conlleva necesariamente también siempre un margen de error”.⁸²

E, a partir dessa proposição dogmática, ou seja, da periculosidade como fundamento para a aplicação das medidas de segurança, é que se constata pontos de tensão entre os fundamentos da teoria do crime e a suficiência do conceito, notadamente diante do atual desenvolvimento do sistema jurídico penal em sentido amplo e das políticas relacionadas aos portadores de doenças psíquicas.

É preciso reconhecer, diante do exposto, que a noção de periculosidade largamente adotada pela doutrina e inserida no ordenamento jurídico nacional é caracterizada pela ausência

⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 93

⁸⁰ PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Montevideo: B de F LTDA. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2003, p. 47.

⁸¹ Ibidem.

⁸² MARTÍN, Op. Cit, 2007, p. 48.

de conteúdo cientificamente válido, destituída de qualquer possibilidade de demonstração empírica e, inclusive, de eventual refutação. Se, de um lado, a fragilidade do conceito utilizado não constituiria fundamento adequado à imposição das medidas de segurança, de outro, a maleabilidade conceitual permitiria vincular qualquer disfuncionalidade à possibilidade de cometimento de futuros delitos,⁸³ trabalhando, por consequência, como ferramenta deliberada de controle social. É importante diferenciar, aliás, como ressalta Luis Gracia Martín,⁸⁴ que “la peligrosidad criminal no debe confundirse con la llamada peligrosidad social”, a alertar que a noção jurídica de periculosidade deve estar obrigatoriamente vinculada com a ideia de que a ação danosa temida seja constitutiva de um delito, e não de um perigo meramente social.

Ademais, o próprio conceito de periculosidade encontraria problemas de coerência interna com os demais fundamentos que revestem o ordenamento jurídico. Segundo Zaffaroni,⁸⁵ nesse ponto, “la doctrina vive en una verdadera esquizofrenia jurídica”, porquanto se reconhece amplamente que o direito penal é “do fato”, mas, ainda assim, se admitem medidas contra “estados do autor”; busca-se na retribuição um limite de pena e, ao mesmo tempo, criam-se medidas destituídas de limites temporais para obtenção de um fim; e, ainda, se procura defender o homem de imposições desmedidas do Estado, limitando a atuação do juiz perante regras mais precisas, mas, por outro lado, se deixa a cargo do julgador a função de proteger a sociedade visando combater “estados do autor”.

Assim, sob o argumento de que as medidas de segurança não possuiriam caráter retributivo, mas somente preventivo diante da periculosidade do agente, admitiu-se “todo un arsenal de medidas que a no dudarlo, afectan la libertad individual y que no conocen ningún límite, porque no tienen carácter ‘retributivo’.”.⁸⁶

Além disso, a expansiva ideia de defesa social que sustenta – até hoje – a aplicação das medidas de segurança mostra-se de difícil compatibilização com um moderno Estado de Direito. Ou seja, a aplicação das medidas de segurança, a partir de tais fundamentos, comporta uma objetiva limitação de bens jurídicos e, tendo em vista princípios utilitários e as exigências

⁸³ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 83.

⁸⁴ MARTÍN, Luis Gracia. Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reinserción social en el derecho español. In: PRADO, Luiz Regis (coord). **Direito penal contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 56.

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general, tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 97.

⁸⁶ Ibidem, p. 96.

da defesa social, podem conduzir “em las mayores aberraciones, como la eliminación física, la mutilación o el internamiento de por vida de enajenados mentales, delincuentes empedernidos, etc.”.⁸⁷

Note-se que os fundamentos teóricos expostos não servem à mera retórica, porquanto, a partir deles, se um indivíduo presumidamente perigoso – a exemplo dos inimputáveis em sofrimento psíquico – cometer algum ilícito típico, o conteúdo da resposta punitiva estatal é sobremaneira diverso, tanto em seu fundamento como em sua execução.

A propósito, o fundamento da periculosidade a sustentar a aplicação de medida de segurança ao inimputável (ou ao semi-imputável), com intuito de obstar a prática de novos delitos (caráter preventivo), não se mostraria compatível, ao que tudo indica, com as demais disposições legais previstas no âmbito penal, haja vista, v.g., a previsão de prazo mínimo da medida no Código Penal. Em outras palavras, mostra-se incoerente que o indivíduo, ainda que cessada a periculosidade em tempo inferior ao legalmente determinado, continue submetido a aplicação de medida de segurança, questionando-se qual fundamento teórico subsistiria para sustentar a continuidade da execução. Poderia se sustentar, portanto, que as medidas de segurança possuem uma “marca retributiva”,⁸⁸ mas, ao menos teoricamente, isso colocaria em xeque toda a dogmática que legitima sua aplicação, pois, como visto, os inimputáveis não possuem capacidade de culpabilidade.

Veja-se que, não por coincidência, a doutrina penal, em geral, aponta como marco inicial de autonomia das medidas de segurança o Anteprojeto de Código Penal Suíço, de Karl Stoos, apresentado em 1893 (que teve acelerada difusão em textos punitivos a partir do século XX), época em que, justamente, a partir da medicina social, surge a noção de sujeito “doente e perigoso”.⁸⁹

Note-se, ingressando mais profundamente em aspectos críticos do tema, que a análise do contexto histórico que envolveu as primeiras noções de indivíduo perigoso pela medicina é de fundamental importância para o entendimento a respeito do que ainda se aplica no âmbito

⁸⁷ DALBORA, José Luis Guzmán. Las medidas de seguridad: distinción y relaciones entre penas y medidas de seguridad. In: PRADO, Luiz Regis (coord). **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 82.

⁸⁸ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 516.

⁸⁹ BRANCO, Thayara Castelo. **A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil**. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 183.

do direito penal, herança, possivelmente, de um período político-normalizador-sanitário vivido no século XVIII e XIX. Nesse ponto, bem esclarece Thayara Castelo Branco:⁹⁰

As pessoas categorizadas como “doentes” e, conseqüentemente, “perigosas” eram exatamente as que se encontravam no rol dos indesejáveis, social e politicamente determinados. Essa demanda (nos campos social e econômico) associada ao patológico (no campo médico-científico) produziu uma estratégia sofisticada e precisa, capaz de sustentar um mecanismo de (bio)poder duradouro, científico e eficaz (enquanto eficácia invertida).

Além disso, é preciso levar em consideração – para adequada compreensão do que se absorveu desse período histórico – que a relação inicial entre psiquiatria e crime estava pautada por uma “patologia do monstruoso”,⁹¹ isto é, estava abalizada pelo cometimento de crimes graves, contra a própria natureza humana, a sinalizar que a sistemática, incorporada pela instituição judiciária, estaria baseada na exceção, e não na regra. Legitima-se, assim, a noção de que a loucura, a doença mental é sempre perigosa. E, mais que isso, é possível observar, conforme explicita Michel Foucault, outras questões sociais e políticas da época que legitimaram essa ideia de periculosidade: “se a psiquiatria se tornou tão importante no século XVIII não foi simplesmente porque ela aplicava uma nova racionalidade médica às desordens da mente ou da conduta, foi também porque ela funcionava como uma forma de higiene pública”.⁹²

A psiquiatria clássica, assim, estabelecia uma visão objetificada desses indivíduos, o que acabou sendo incorporado por outras ciências, inclusive pelo Direito. Nesse sentido, como bem pontua Franco Basaglia:⁹³ “essa objetivação do homem como síndrome, operada pela psiquiatria positivista, trouxe conseqüências muitas vezes irreversíveis para o doente mental, que – originalmente objetivado e restrito aos limites da doença – foi confirmado como categoria para além do humano por uma ciência que precisava afastar e excluir aquilo que não conseguia compreender”. Tal afirmação, aliás, mostra-se de notável importância, inclusive para fins teóricos-dogmáticos, haja vista que, conforme já alertava Luis Gracia Martín, as medidas de

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ FOUCAULT, Michel. A evolução da noção de “indivíduo perigoso” na psiquiatria legal do século XIX. In: MOTTA, Manoel Barros da (Org). **Ditos e escritos V: ética, sexualidade, política**. Tradução: Elisa Monteiro, Inês Autran Dourado Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2006, p. 7.

⁹² Ibidem, p. 9.

⁹³ BASAGLIA, Franco. **Escritos selecionados em saúde mental e reforma psiquiátrica**. Organização: Paulo Amarante. Tradução: Joana Angélica d’Ávila Melo. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, p. 36.

segurança somente poderiam ser legítimas, de acordo com preceitos constitucionais, se sua aplicação tivesse uma finalidade estritamente curativa e, ainda, que sua execução concreta não reputasse ao indivíduo “a la categoria de un ser puramente corporal”.⁹⁴

Note-se, assim, que as ciências naturais, à época, acabaram limitando sobremaneira as noções (em termos de humanização) sobre os sujeitos em sofrimento psíquico, notadamente em função da construção de um caráter meramente objetual desses indivíduos e da inexistência de “cura”, excluindo tal categoria justamente em função de sua alegada periculosidade. O sujeito em sofrimento psíquico, portanto, era “excluído porque incompreensível, excluído porque perigoso, o doente mental continua a ser mantido além do limite do humano, como expressão da nossa desumanização e da nossa incapacidade de compreender”.⁹⁵ A ideia, portanto, seria de inocuização dos supostamente incorrigíveis.

Esse foi o contexto no qual foi construído o conceito de periculosidade, o qual, a despeito de sua fragilidade conceitual, tornou-se, a partir desse período, uma das principais regras de interpretação e de resolução do sistema penal, orientando decisões judiciais e administrativas, tanto para definir critérios de aplicação de medidas de segurança quanto para determinar a permanência de sua execução,⁹⁶ o que, como visto anteriormente, acabou sendo herdado pelo atual ordenamento jurídico brasileiro.

É possível notar, ainda, que as medidas de segurança e o fundamento da periculosidade estariam intimamente relacionadas com o positivismo criminológico e de uma visão determinista e objetiva de determinadas categorias de pessoas. Nesse sentido, como bem destaca José Luis Guzmán Dalbora: “Estos elementos quedaron profundamente enraizados en las medidas, hijas del temor, de la desconfianza en la pena y de un pensamiento proclive a revestir fragmentos del Derecho de policía y el sometimiento de personalidades indeseables con los ropajes de las instituciones punitivas”.⁹⁷

⁹⁴ MARTÍN, Luis Gracia. Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reinserción social en el derecho español. In: PRADO, Luiz Regis (coord). **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 47.

⁹⁵ BASAGLIA, Franco. **Escritos selecionados em saúde mental e reforma psiquiátrica**. Organização: Paulo Amarante. Tradução: Joana Angélica d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, p. 44.

⁹⁶ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 83.

⁹⁷ DALBORA, José Luis Guzmán. Las medidas de seguridad: distinción y relaciones entre penas y medidas de seguridad. In: PRADO, Luiz Regis (coord). **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.75.

Ainda permanece – materialmente sem mudanças – a perspectiva vigente naquele momento histórico, no sentido de que “todo o campo das infrações podia se sustentar em termos de perigo, e, portanto, de proteção a garantir”.⁹⁸ Mais especificamente, a partir do esclarecimento das motivações (políticas e sociais) que estão por trás do fundamento médico-jurídico de periculosidade é que se torna possível compreender a razão pela qual, ainda hoje, se permite relacionar o menor dos criminosos a um suposto perigo patológico para a sociedade. A propósito, essencial referir do ponto de vista crítico, que essa herança da medicina social do século XIX, no sentido da existência de uma categoria de sujeitos “doentes” e, por consequência lógica, “perigosos”, não somente permanece vigente no atual sistema jurídico penal – conforme se observa dos fundamentos objetivos, legais e dogmáticos das medidas de segurança – como também se atualiza e (re)legitima a partir da atual era da psiquiatria e da medicalização do cotidiano.⁹⁹

Contudo, se o Direito, enquanto ciência, busca ser coeso e sistemático, deveria estar reconduzindo o debate sobre a temática, com intuito de superar tais impasses, notadamente em face do preponderante fundamento utilitário das medidas de segurança, sua difícil compatibilidade com os princípios do Estado de Direito, os graves problemas empíricos associados à prognose que autoriza sua imposição e, como visto, suas diferenças fundamentais com a aplicação de penas¹⁰⁰ - a revelar que sua criação e permanência no ordenamento jurídico tem um caráter mais pragmático do que propriamente de uma política criminal racional e coerente.

A crítica ao fundamento da periculosidade, ainda, merece uma última consideração importante, relacionada à coerência interna do ordenamento jurídico brasileiro. O fundamento da periculosidade, conforme definido e inalterado, mostra-se na contramão da legislação extrapenal que diz respeito aos indivíduos em sofrimento psíquico. Veja-se, nesse sentido, a denominada “Lei Antimanicomial” (Lei nº 10.216/01), que buscou proporcionar novas aplicações à temática, enfatizando a proteção dos direitos das pessoas portadoras de transtornos

⁹⁸ FOUCAULT, Michel. A evolução da noção de “indivíduo perigoso” na psiquiatria legal do século XIX. In: MOTTA, Manoel Barros da (Org). **Ditos e escritos V: ética, sexualidade, política**. Tradução: Elisa Monteiro, Inês Autran Dourado Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2006, p. 19.

⁹⁹ A esse respeito, ver: BRANCO, Thayara Castelo. **A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil**. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

¹⁰⁰ DALBORA, José Luis Guzmán. Las medidas de seguridad: distinción y relaciones entre penas y medidas de seguridad. In: PRADO, Luiz Regis (coord). **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.77.

mentais e, principalmente, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental. Somado a isso, e fundamental, estabeleceu que a internação de indivíduos acometidos por transtornos mentais só deve ser utilizada quando recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, visando, ainda, a reinserção social do sujeito. Isto é, torna-se evidente o caráter excepcional da internação, que, ao Direito Penal, todavia, permanece sendo a regra – a mudança paradigmática promovida pela legislação, portanto, teve ínfimo reflexo no âmbito penal. A incoerência sistêmica, salvo melhor juízo, é evidente.

Contudo, a fim de minimizar eventuais incompreensões, não se procura sustentar que somente o Direito Penal deixou de aderir ao movimento antimanicomial, mas apenas que sua inércia deve ser destacada pois se mostra antagônica a modernos movimentos em termos legislativos e de políticas públicas em nível nacional. A temática, como já era indicado, possui contornos interdisciplinares e complexos, compondo, conforme alerta Simone Fagundes Messias, “um processo de rotulagem do indivíduo que ultrapassa os muros institucionais, abrangendo a comunidade em sua totalidade”.¹⁰¹

Pode-se afirmar, nesse sentido, levando em consideração a periculosidade como ponto fundamental da aplicação de medidas de segurança, que o sistema penal permanece orientado à contenção dos riscos e de prevenção, podendo se atribuir tal inércia (principalmente, mas não só) à ausência de redimensionamento do conceito de periculosidade, o qual, como visto, acaba fortalecendo a visão de doença como totalizadora e reducionista do indivíduo – que é tido, na prática penal, como um sujeito objetificado, pertencente, por si só, à categoria dos anormais e perigosos.¹⁰²

Sendo assim, a partir dessas considerações, examinada a temática em três eixos principais (dogmático, crítico e sistêmico), a ideia central do presente estudo é de que o conceito de periculosidade como fundamento das medidas de segurança é insuficiente diante do atual sistema jurídico (penal). Em outras palavras, embora a análise do tema possa ser realizada de diferentes perspectivas, elas possuem um denominador comum, que é a defasagem do conceito jurídico de periculosidade aplicado como forma de contenção de indivíduos em sofrimento

¹⁰¹ MESSIAS, Simone Fagundes. O papel do serviço de assistência social no IPFMC. In: SOUZA, Carlos Alberto Crespo; CARDOSO, Rogério Göttert (orgs). **Psiquiatria forense, 80 anos de prática institucional**. 2 ed. Porto Alegre: Sulina, 2008, p. 76.

¹⁰² BRANCO, Thayara Castelo. **A (des)legitimação das medidas de segurança no brasil**. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 200.

psíquico – o que não serve à mera constatação teórica, mas sim com reflexos práticos nocivos ao ordenamento jurídico brasileiro e, ainda, à política criminal em sentido amplo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da pesquisa, mostrou-se a relevância de se examinar o tema a partir de distintas perspectivas, notadamente em face da complexidade que o envolve, que transborda o âmbito meramente jurídico-teórico. Partindo dessa noção, pretendeu-se analisar os fundamentos que sustentam o conceito de periculosidade no âmbito penal, bem como, fundamental, verificar a (in)suficiência da aceção em face do atual sistema jurídico penal brasileiro.

E, assim, em um primeiro momento, realizou-se breves considerações sobre o desenvolvimento jurídico-dogmático do conceito de culpabilidade – intimamente relacionado à capacidade penal –, tornando possível esclarecer e destacar a concepção epistemológica adotada no presente trabalho, além de permitir a posterior análise de coerência interna entre o conceito de periculosidade em comparação com a culpabilidade. Sendo assim, estabeleceu-se que o exame teórico jurídico do presente estudo levaria em consideração a orientação finalista desenvolvida por Hans Welzel sobre a doutrina do crime, ainda que diante de uma perspectiva atualizada. Tal contextualização mostrou-se pertinente no presente estudo, porquanto, a depender da concepção epistemológica utilizada (causal, finalista ou funcionalista) os reflexos teóricos poderiam ser consideravelmente diversos no âmbito de aplicação de medidas de segurança e na própria concepção de sujeito culpável. Sendo assim, definiu-se que a culpabilidade deveria ser entendida como um juízo valorativo, de censura ou reprovação, que se faz ao autor de um fato tipificado como crime, cujos elementos são a imputabilidade (capacidade penal), a consciência da ilicitude (potencial ou possível) e a exigibilidade de conduta diversa, ou seja, a exigência de o agente conformar sua conduta ao direito.

Levando em consideração a íntima relação da culpabilidade com a capacidade penal (um de seus elementos), esclareceu-se que somente seria considerável imputável o indivíduo que possui uma condição pessoal de maturidade e sanidade mental, que poderia entender o caráter ilícito de sua conduta e de se autodeterminar a partir desse entendimento. Sendo assim, o agente inimputável – v.g. o portador de sofrimento psíquico, incapaz de se autodeterminar –

que pratique um fato típico e ilícito não é considerado capaz de culpabilidade. Todavia, o agente ainda estaria submetido ao sistema penal, sobrevivendo, para tanto, um novo fundamento: a periculosidade. Assim, no campo teórico, existiriam dois discursos distintos de fundamentação da responsabilidade criminal, o primeiro relacionado à culpabilidade (aplicação de pena, imputabilidade) e o segundo à periculosidade (aplicação de medida de segurança, pela inimputabilidade).

Nesse ponto, constatou-se que o conceito de periculosidade, diferente da culpabilidade, está intimamente relacionado com a evitação de futuros delitos, constituindo um prognóstico desfavorável de comportamento futuro. Não se buscaria, em tese, a retribuição de comportamentos passados, mas a prevenção de futuros fatos típicos e ilícitos. Ou seja, a aceção de periculosidade permitiria um juízo de delinquência futura com base nos déficits psíquicos do sujeito, já sinalizando que a periculosidade seria um atributo natural dos indivíduos acometidos de sofrimento psíquico.

Do ponto de vista dogmático-jurídico, constatou-se que, além da vagueza conceitual permitir vincular qualquer disfuncionalidade à possibilidade de cometimento de futuros delitos, a concepção se revelaria como verdadeiro direito penal do autor, a indicar que o agente sofrerá indeterminada afetação em sua liberdade individual não a partir do que efetivamente cometeu, mas sim em razão do que é. Além disso, as disposições legais em âmbito nacional não se mostrariam sequer compatíveis com a fundamentação dogmática, haja vista a previsão de prazo mínimo para a aplicação da medida no Código Penal. Ou seja, ainda que cessada a periculosidade do sujeito (fundamento teórico-dogmático de submissão ao sistema penal) em tempo inferior ao legalmente determinado, ele continuará submetido a aplicação de medida de segurança. Questionou-se, no aspecto, qual fundamento subsistiria para sustentar a continuidade da execução, pois a periculosidade não estaria, ao menos em tese, relacionada com aspectos retributivos.

Do ponto de vista histórico, ainda, verificou-se que a noção de periculosidade incorporada pelo Direito Penal está relacionada com um período político-normalizador-sanitário vivenciado no século XVIII e XIX, levando em consideração, ainda, a influência da relação entre psiquiatria e crime baseada em uma “patologia do monstruoso”. Concebeu-se, assim, uma noção de indivíduo que seria doente e, por consequência inevitável, perigoso – o que, percebeu-se, resultou em reflexos nocivos ao âmbito do Direito. O Direito Penal, assim, acabou incorporando uma noção meramente objetiva de pessoas em sofrimento psíquico,

permitindo que o menor dos criminosos pudesse ser relacionado a um suposto perigo patológico para toda a sociedade, o que – alerta-se – permanece inalterado até hoje.

Analisou-se o tema, outrossim, a partir de sua compatibilidade sistemática com disposições extrapenais. A inércia na mudança conceitual da periculosidade no âmbito penal mostrou-se, no aspecto, incoerente com as modernas legislações que dizem respeito ao indivíduo em sofrimento psíquico, tal como a Lei Antimanicomial (Lei nº 10.216/01), que redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Isto é, a internação de indivíduos acometidos por transtornos mentais somente deveria ser utilizada excepcionalmente, quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes – visando, sempre, a reinserção social dessas pessoas. A incoerência entre as legislações é evidente, porquanto a aplicação de medida de segurança de internação ainda permanece sendo a regra no Direito Penal, o que, em outros campos – inclusive do Direito –, já se trata como exceção.

Por conseguinte, ao final desse proveitoso trabalho, com a pretensão de que se possa contribuir para a atualização e desmistificação, no campo do Direito, de certos conceitos que ainda permanecem vigentes no âmbito penal, pode-se sustentar, a partir das subafirmações destacadas ao longo do estudo, que o conceito de periculosidade como fundamento das medidas de segurança é insuficiente diante da atual sistemática jurídica brasileira. Além disso, agregando elementos à hipótese inicialmente sustentada, é possível concluir que as diferentes perspectivas de análise do tema possuem, ao menos, um denominador comum, que é a defasagem do conceito de periculosidade aplicado como forma de contenção de indivíduos em sofrimento psíquico, a recomendar, principalmente no âmbito jurídico, uma – urgente, aliás, – reformulação do conceito, que leve em consideração as atuais propostas legislativas extrapenais, bem como os modernos estudos neurocientíficos a respeito do tema.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Panorama da concepção atual de culpabilidade. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 1, n. 0, mai./ago., 2000.

BASAGLIA, Franco. **Escritos selecionados em saúde mental e reforma psiquiátrica**. Organização: Paulo Amarante. Tradução: Joana Angélica d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

BRANCO, Thayara Castelo. **A (des)legitimação das medidas de segurança no brasil**. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013

CONDE, Francisco Muñoz. **Imputabilidad desde el punto de vista medico y juridico penal. Derecho Penal y Criminologia**, v. 10, n. 35, p. 28, 1988.

COSTA JR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Curso de direito penal**. 12ª ed., rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALBORA, José Luis Guzmán. Las medidas de seguridad: distinción y relaciones entre penas y medidas de seguridad. In: PRADO, Luiz Regis (coord). **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoría del delito**. Trad.: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad. In: **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. FRANK, Reinhard. Trad.: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevideo: B de F LTDA. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2002.

FOUCAULT, Michel. A evolução da noção de “indivíduo perigoso” na psiquiatria legal do século XIX. In: MOTTA, Manoel Barros da (Org). **Ditos e escritos V: ética, sexualidade, política**. Tradução: Elisa Monteiro, Inês Autran Dourado Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2006.

FRAGOSO, Heleno Claudio; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. I, t. II.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. FRANK, Reinhard. Trad.: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevideo: B de F LTDA. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2002.

MARTINS, Luis Gracia. O finalismo como método sintético real-normativo para a construção da teoria do delito. In: **O passado e o futuro do finalismo no Direito Penal**. ALFLEN, Pablo Rodrigo (Org.). Porto Alegre: CDS Editora, 2020.

_____. Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reinserción social en el derecho español. In: PRADO, Luiz Regis (coord). **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MESSIAS, Simone Fagundes. O papel do serviço de assistência social no IPFMC. In: SOUZA, Carlos Alberto Crespo; CARDOSO, Rogério Götttert (orgs). **Psiquiatria forense, 80 anos de prática institucional**. 2 ed. Porto Alegre: Sulina, 2008.

JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e ciência do Direito Penal**: coleção estudos de direito penal. V.1. Trad.: Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

LISZT, Franz von. **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**. Berlin: Guttentag, 1914.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 39, n. 1, p. 9-32, jan./abr.. 1986.

POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. **¿Medidas de seguridad "inocuidadoras" para delincuentes peligrosos?: reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad**. Actualidad Penal, Madrid, v. 3, n. 38, out. 2001.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. **Curso de direito penal brasileiro**. 13ª ed., rev, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Montevideo: B de F LTDA. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

_____. **Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia**. 2. ed., rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Trad.: José Cerezo Mir. Montevideo: B de F LTDA. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1 – parte geral. 9. ed., rev., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Tratado de derecho penal:** parte general, tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1998.